

Omdanning fra AS til ASA og ASA til AS

Kandidatnummer: 681

Leveringsfrist: 25.april 2009

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 10 122 ord

16.07.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>PRESENTASJON AV EMNE</u>	<u>1</u>
1.1	Innledning	1
1.2	Rettslig plassering	2
1.2.1	Rettslig plassering i selskapsretten	2
1.2.2	Lovenes anvendelsesområde	3
1.2.3	Hjemmel for omdanning	4
1.3	Hensyn bak omdanningsreglene	4
1.3.1	Hensynet til effektivitet og kontinuitet.	5
1.3.2	Andre hensyn	6
1.4	Rettskilder	7
1.5	Videre fremstilling.	9
<u>2</u>	<u>MOMENTER I VALGET AV SELSKAPSFORM</u>	<u>10</u>
<u>3</u>	<u>OMDANNINGSREGLENE</u>	<u>12</u>
3.1	Vilkår for omdanning fra AS til ASA	12
3.1.1	Krav til selve beslutningen	12
3.1.2	Krav om aksjekapital for som for allmennaksjeselskaper og andre <i>beslutninger som må fattes for at et AS skal kunne bli et ASA.</i>	13
3.1.3	Formelle vilkår for omdannelse	16
3.1.4	Plikt til å vedta å utbyde allmennheten til å tegne aksjer som vilkår for å omdanne?	19
3.2	Vilkår for omdanning fra ASA til AS	25
3.2.1	Generelt	25
3.2.2	Strengere flertallskrav dersom omdanningen medfører omsetningsbegrensninger	26
3.2.3	Medfører forskjeller i reglene at det må fattes andre beslutninger for å kunne gå fra ASA til AS?	

<u>4</u>	<u>KONSEKVENSER AV OMDANNELSE</u>	<u>30</u>
<u>5</u>	<u>BETYDNINGEN AV SKILLET MELLOM AS OG ASA.</u>	<u>33</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>36</u>

1 Presentasjon av emne

1.1 Innledning

Tema for denne oppgaven er omdanningsreglene i aksjeloven og allmennaksjeloven. Omdanningsreglene er først og fremst praktisk viktige: Hvert år endrer ca 50 selskaper form fra AS til ASA eller fra ASA til AS med hjemmel i disse reglene¹. Omdanning skjer etter ønske fra det enkelte selskap. Grunnen til at et selskap ønsker å skifte form, vil variere mellom de enkelte selskaper etter deres behov og ønsker.

I år 2007 var det imidlertid en kraftig økning i selskaper som endret selskapsform. I 2007 endret hele 138 av 640 ASA-registrerte selskaper form til AS, i følge det økonomiske tidsskriftet Kapital². Den økningen skyldes etter all sannsynlighet ”ytre” faktorer i form av endringer i lovverket mht krav om representasjon av begge kjønn i ASA styret³ og at verdipapirforetak fra 1.november 2007 tillates å drives i AS form. Med ytre faktorer mener jeg at ønsket om omdanning ikke utelukkende var begrunnet i selskapet selv.

Denne oppgaven vil behandle alle sider ved en omdanning, fra reglene og selve vedtaket til betydningen for aksjonærrettighetene. Avslutningsvis går jeg inn på betydningen av skillet mellom AS og ASA.

Men først vil jeg kort redegjøre for rettslig plassering, hensyn bak omdanningsreglene og relevante rettskilder.

Opgaven vil ikke behandle annen omdanning enn mellom AS og ASA.

¹ Jf tidsskriftet Kapital nr 22/2007 som viser til tall innhentet fra kredittratingselskapet Dun og Bradstreet, statistikk fra årene 2004-06.

² Jf tidsskriftet Kapital nr 22/2007 som viser til tall innhentet fra kredittratingselskapet Dun og Bradstreet

³ Jf asal § 6-11a

En eventuell fusjon mellom et AS og et ASA vil i praksis medføre, for et av selskapenes vedkommende at det kommer inn under andre regler. En slik omdanning følger reglene i asal kapittel 13 og vil ikke bli behandlet nærmere.

1.2 Rettslig plassering

1.2.1 Rettslig plassering i selskapsretten

Virksomhet kan drives på forskjellige måter. Disse kan grovt deles inn i to hovedformer, selskap der deltagerne ikke har personlig ansvar for selskapets forpliktelser, typisk aksjeselskaper, og selskap hvor deltagerne, helt eller delvis, har personlig ansvar overfor kreditorene, typisk enkeltmannsforetak og ansvarlige selskaper(ANS).

Selskaper med begrenset ansvar, som har økonomisk formål, er igjen delt inn i aksjeselskaper(AS), allmennaksjeselskaper(ASA) og samvirkelag, og reguleres av henholdsvis aksjeloven(asl), allmennaksjeloven(asal)⁴ og lov om samvirkeforetak⁵.

Hvilken selskapsform man ønsker å drive virksomhet i, er i utgangspunktet helt opp til selskapet selv å bestemme. Utgangspunktet er altså at vi har et prinsipp om fritt selskapsvalg i Norge, som gjelder med mindre spesiallovgivningen bestemmer at den enkelte bransje kun skal kunne drives i en eller flere bestemte selskapsformer. For eksempel kan forsikringsvirksomhet kun drives som AS, ASA eller gjensidig selskap⁶. Er ikke selskapsform spesielt regulert, er det derimot selskapet selv som gjør vurderingene av hvilken selskapsform som er best egnet for sin bedrift.

Den vanligste grunnen til at virksomheten organiseres som et AS eller et ASA, vil være ønsket om begrenset ansvar for selskapsdeltagerne. På dette punktet er aksjelovene likelydende, deltagerne svarer ikke overfor kreditorene for selskapets forpliktelser, og

⁴ Asl er lov 13.juni nr 44. Asal er lov a 13.juni nr 45.

⁵ Lov 81/2007

⁶Forsikringsloven 2005/44.

plikter ikke å gjøre innskudd i selskapet eller dets konkursbo i større utstrekning enn det som følger av grunnlaget for aksjetegningen, jf § 1-2 første og annet ledd i begge lover. Stiftelsesreglene er også i utgangspunktet like, dog noe strengere for ASA-selskaper, jf asl/ asal kapittel 2.

1.2.2 Lovenes anvendelsesområde

Aksjelovens utgangspunkt er at den får anvendelse på ”alle selskaper hvor ikke noen av deltagerne har personlig ansvar for selskapets forpliktelser, udelt eller for deler som til sammen utgjør selskapets samlede forpliktelser”, jf § 1-1 andre ledd jf første ledd⁷. Loven gjør selv unntak for allmennaksjeselskap, selskap uten økonomisk formål (med mindre selskapet i stiftelsesgrunnlaget er betegnet som aksjeselskap) og samvirkelag, jf tredje ledd.

Allmennaksjeselskapers definisjon er tredelt og alle tre vilkårene må være oppfylt for at allmennaksjeloven skal få anvendelse, jf asal § 1-1 andre ledd jf første ledd. For det første må det være snakk om et selskap som faller inn under aksjeselskapsdefinisjonen i asl § 1-1 andre ledd. I tillegg må vedtektene betegne selskapet som et allmennaksjeselskap og selskapet være registrert som dette i foretaksregisteret.

Valget mellom aksjeselskap og allmennaksjeselskap skjer altså ved at de som ønsker et allmennaksjeselskap inntar en bestemmelse om dette i vedtektene og at selskapet blir registrert i foretaksregisteret som allmennaksjeselskap. Konsekvensen av at punkt to eller tre ikke er gjennomført er at selskapet ikke vil bli regnet som et allmennaksjeselskap. Dermed blir det aksjelovens og ikke allmennaksjelovens regelverk som får anvendelse på selskapet, jf asl § 1-1, hvor kun det første vilkåret må være oppfylt for at selskapet skal være et aksjeselskap.

⁷ Registrering må skje innen fristen i asal § 2-18(1) og en forutsetning for registrering er at reglene i asal kapittel 2 er fulgt.

1.2.3 Hjemmel for omdanning

Hovedregelen dersom man ønsker å endre selskapsform for et eksisterende selskap, er at man først må oppløse det første selskapet og deretter stifte et nytt selskap i henhold til reglene som gjelder for stiftelse av den nye selskapsformen⁸. Unntak fra dette utgangspunktet krever hjemmel i lov. Hjemmel for omdanning finnes i aksjelovene og enkelte steder i spesiallovgivningen⁹. For omdanning mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper finner vi slik hjemmel §§ 15-1 følgende, i henholdsvis aksjeloven og allmennaksjeloven.

1.3 Hensyn bak omdanningsreglene

At lovgiver har inntatt en hjemmel for omdanning mellom akkurat disse selskapstypene, har sin forklaring i at aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper har utrolig mange fellestrekk. Opprinnelig eksisterte aksjeselskaper kun i en felles form, som dekket behovet aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper dekker i dag. Skillet ble innført som ledd i EØS-tilpasningene Norge var forpliktet til å innføre etter EØS-avtalen¹⁰.

Omdanningsadgangen ble innført som en konsekvens av at den opprinnelige aksjeselskapsformen ble delt i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, eller private og offentlige aksjeselskaper som de opprinnelig ble kalt. Aksjelovgruppen¹¹ uttaler i forarbeidene at de i utgangspunktet kun har tilstrebet å innarbeide minimumskravene EF-direktivet stiller¹² og at forslaget de fremmer skal ivareta EFs krav. Direktivets artikkel 13 krever at det ved omdannelse fra annen selskapsform til et allmennaksjeselskap skal oppstilles minst de samme krav som etter direktivets art 2 til 12 skal gjelde ved stiftelsen av et offentlig aksjeselskap. Derimot stiller ikke direktivet noen krav til hvordan omdannelse

⁸ Jf Rt 1997:596 Andelsselskapet Folketeaterbygningen, se også Andenæs s 617

⁹ Eks meieriloven, lov 25. juni 1936 nr 4

¹⁰ Lovendring 22 des 1995 nr 80

¹¹ NOU 1992:29

¹² EFs annet selskapsdirektiv

til et alminnelig aksjeselskap skal kunne skje, verken fra allmennaksjeselskap eller fra annen selskapsform¹³. Det var altså opp til landene selv om de ønsket en omdanningsadgang mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, og eventuelt hvordan denne skulle være. Kravet direktivet stilte var at dersom man ønsket en omdanningsadgang, måtte det sikres at minst de krav som stilles ved stiftelse av et allmennaksjeselskap også stilles når et allmennaksjeselskap stiftes ved omdanning.

Hovedhensynene bak omdanningsreglene kan deles inn i hensynet til effektivitet og kontinuitet på den ene siden og hensynet til mindretallet og medkontrahenter på den andre siden. Andre hensyn som kan få innvirkning vil typisk være alminnelige selskapsrettslige hensyn, hensynet til sammenheng i systemet og lignende.

1.3.1 Hensynet til effektivitet og kontinuitet.

Aksjelovgruppens¹⁴ syn var at omdannelse mellom de to selskapsformene burde kunne skje svært enkelt. Hovedgrunnen til dette er at det gjelder full valgfrihet av aksjeform ved stiftelsen, valget skjer i praksis ved en vedtektsbestemmelse. Dessuten er AS og ASA langt på vei er undergitt de samme regler. Så sant de krav EF-direktivet stilte var oppfylt, mente gruppen at slik omdanning skulle kunne gjennomføres som en vedtektsendring, hvilket også ble lovens løsning,

En konsekvens av at omdannelsen skjer ved vedtektsendring, er at selskapet er det samme rettssubjektet før og etter omdannelsen. En omdannelse har altså ikke virkning som skyldnerskifte og skal ikke anses å endre selskapets identitet, selv om den medfører at selskapet kommer inn under andre regler. Verken selskapets kreditorer eller medkontrahenter blir i alminnelighet ikke berørt av en omdanning.

¹³ Jf NOU 1992:29 side 209

¹⁴ Jf NOU 1992:29 s 201-209

Ved omdannelse til allmennaksjeselskap følger det som sagt av EF annet selskapsdirektiv at minst de samme krav til sikring av aksjekapitalen som gjelder ved stiftelse av et allmennaksjeselskap også skal gjelde ved omdanning. Formålet er å sikre at ikke omdannelsesinstituttet skal kunne brukes til å omgå de strengere krav til sikring av egenkapitalen ved stiftelse av allmennaksjeselskaper¹⁵.

1.3.2 Andre hensyn

Forarbeidene vurderer også hensynene som kan tale imot at omdanning skal kunne skje som flertallsbeslutning. Hensynet til mindretallet som ikke ønsker omdanning er vurdert og må vike for hensyn som taler for slik omdanning. Spesielt fremheves at omdanningen generelt ikke medfører så veldig store endringer i selskapsforholdet, selv om det medfører at selskapet kommer under andre regler. Selskaper med særlige behov for mindretallsbeskyttelse, står uansett fritt til å regulere dette ved å ta inn strengere flertallskrav, jf 5-18 tredje ledd i begge lover.

Når det gjelder selskapets forpliktelser, anføres at reglene til beskyttelse av kreditorene i det vesentlige er det samme for begge selskapstyper. Det er derfor ikke grunn til å oppstille særlige regler for kreditorbeskyttelse ved omdannelse¹⁶.

Hensynet til selskapets medkontrahenter kunne heller ikke tillegges særlig vekt. Den store hovedregel er at omdannelse ikke innebærer noe kontraktsbrudd overfor selskapets medkontrahenter. Men forarbeidene kunne ikke utelukke at en omdannelse etter omstendighetene kan utgjøre en bristende forutsetning for kontrakten og dermed også gi rom for et hevningskrav¹⁷.

Av to av høringsinstansene ble det innvendt at det ved omdannelse fra offentlig aksjeselskap(ASA) til privat aksjeselskap(AS) burde det vernes ytterligere om kreditorene,

¹⁵ Jf NOU 1992:29 s 209

¹⁶ Jf NOU 1992:29 s 209

¹⁷ Jf NOU 1992:29 s 202

eksempelvis at det stilles krav om kreditorvarsel, samt strengere flertallskrav ved slik omdanning¹⁸. Departementet, derimot, så ingen grunn til å fravike utgangspunktet om at omdanning skal kunne skje ved vedtektsendring, en slik fravikelse måtte i tilfellet vært begrunnet med at reglene for private aksjeselskaper gir et dårligere vern av kreditorene enn reglene for offentlige aksjeselskaper. Det var etter departementets syn ikke tilfelle. Det ble presisert at selv om det i AS stilles lavere krav til minste tillatte aksjekapital, er ikke omdanningen i seg selv et forhold som kan svekke kreditorenes stilling. Behovet for vern av kreditorene oppstår først dersom selskapet gjennomfører en kapitalnedsettelse, hvorpå det for øvrig gjelder like strenge regler om kreditorvarsling for aksjeselskaper som for allmennaksjeselskaper.

1.4 Rettskilder

Den viktigste rettskilden for denne oppgaven er aksjeloven og allmennaksjeloven, hvor omdanning i begge lover er regulert i §§ 15-1 følgende. Det er også klart at de to lovene kan kaste lys over hverandre. Aksjelovene var gjenstand for felles behandling, har felles forarbeider og er innholdsmessig og systematisk i stor grad like. Lovene må derfor fra en rettskildemessig synsvinkel sees på som et felles lovverk¹⁹.

Det finnes to sett forarbeider til omdanningsreglene, både forarbeidene til loven som innførte omdanningsreglene og forarbeidene til 1997-lovene. Utgangspunktet i rettskildelæren er at ved motstrid går de seneste forarbeidene, de som ligger nærmest i tid til det vedtatte lovutkast, foran²⁰. 1997-lovene medførte imidlertid først og fremst endringer i systematikk og formuleringer²¹ og ikke i særlig grad realitetsendringer, spesielt ikke for de reglene som like før var vedtatt som ledd i EØS-tilpasninger. Det fremgår også av

¹⁸ Jf Ot prp nr 36 s 136-137

¹⁹ jf Andenæs s3.

²⁰ Se eks Boe s 236

²¹ Se Andenæs s 4.

forarbeidene til 1997-lovene at det ikke i utgangspunktet skulle gjøres store endringer i de reglene som nettopp var vedtatt som EØS tilpasninger²².

For omdanningsreglenes vedkommende, vil dermed forarbeidene til endringsloven på mange punkter være mer omfattende enn forarbeidene til 97-lovene. Andenæs s 6 uttaler at den rettskildemessige betydningen av forarbeidene neppe er forskjellig om det kommer fra det ene eller det andre settet av forarbeider.

Forarbeidenes betydning som tolkningsfaktor ved uklar lovtekst er gjerne størst like etter vedtagelsen, før det har dannet seg praksis på området. Men ettersom det fremdeles ikke foreligger rettspraksis i tilknytning til disse reglene, får forarbeidene desto større betydning.

Til tross for at manglende rettspraksis er omdanningsreglene ofte brukt og både brukernes og forvaltningens praksis kan være relevant. Slik praksis har i utgangspunktet mindre rettskildemessig betydning. På lovfestede områder, som her, vil plikter forvaltningen å følge rettsreglene. Forvaltningspraksis kan imidlertid være til hjelp for å få tolkningstilsvil ut av veien²³.

Det er Foretaksregisterets som fører kontroll med aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Slik kontroll skjer i forbindelse med registrering og senere når vedtektene skal endres, da slike beslutninger er betinget av registrering for å få rettsvirkning. Ved registreringen skjer også en kontroll med at rutiner for slike beslutninger er fulgt. Denne kontrollen er imidlertid ikke veldig streng, da Foretaksregisteret anser gyldigheten av slike beslutninger å være et selskapsanliggende²⁴.

Juridisk litteratur om omdanning kan være en relevant rettskilde ved tolkning av bestemmelsene. Omdanning er imidlertid ikke særlig inngående behandlet i litteraturen. Andenæs vier temaet fire og en halv side i sin lærebok "Aksjeselskaper og

²² Se NOU 1996

²³ Jf Boe s 269

²⁴ Opplysning gitt av Foretaksregisteret.

allmennaksjeselskaper”²⁵. Temaet er også behandlet i kommentarutgaven til Aksjeloven og Allmennaksjeloven fra 2000 og 2004²⁶.

Reelle hensyn vil dessuten også ha relevans som rettskilde i forhold til omdanningsreglene.

1.5 Videre fremstilling.

Behandlingen av omdanningsreglene i kapittel 3 vil utgjøre oppgavens hoveddel og dermed bli viet mest oppmerksomhet. I kapittel 4 behandles generelle konsekvenser av omdanning og omdanningens betydning for aksjonærrettighetene, før jeg i kapittel 5 ser på betydningen av skillet mellom de to selskapsformene. Først vil jeg imidlertid kort gå inn på momenter i valget av selskapsform

Det presiseres at oppgaven kun vil behandle omdanning mellom AS og ASA selskaper. Annen omdanning vil ikke bli berørt.

²⁵ Andenæs, Lobo Media AS, 2006, Side 617-621

²⁶ Aarbakke m fl 2000: s 716 flg og s 1018 flg. 2004: s 875 og s 1243 flg.

2 Momenter i valget av selskapsform

Hvorvidt man velger et AS eller ASA, blir en vurdering av hvilken aksjelov det vil være mest hensiktsmessig for det enkelte selskap å reguleres av, i prinsippet en avveining mellom fordeler og ulemper med de ulike selskapsformer.

Av forarbeidene²⁷ fremgår at utgangspunktet vil være at aksjeselskaper skal være den alminnelige formen for selskap med begrenset ansvar, men at stifterne i utgangspunktet står fritt i sitt valg, (jf prinsippet om fritt selskapsvalg). Grunner til å velge ASA formen vil typisk være at selskapet har eller vil kunne få behov for mulighet til å kunne innhente kapital fra allmennheten, jf asal § 10-1, jf asl § 10-1. En annen grunn kan være et ønske om fremtidig børsnøtering.

Forarbeidene uttaler videre at AS-formen er ment å være egnet for mindre selskaper, med få eiere og liten spredning av aksjekapitalen. Bestemmelsene i aksjeloven er således tilpasset ”typiske” AS. Dette gjelder både aksjelovens tvingende bestemmelser og de bestemmelsene der loven selv åpner for å regulere særskilt i vedtektene etter det enkelte selskaps behov. For AS stilles det dessuten lavere krav til minste tillatte aksjekapital, jf asl/asal § 3-1, også et moment for mange når selskap skal stiftes.

²⁷ NOU 1992:29 s 201, Ot prp nr 36 1993-94 s 136-137, NOU 1996:3 s 17, Innst O nr 80 1996-97.

En annen grunn til å velge AS formen kan være ønsket om en mer fleksibel styringsform, med enklere formkrav. Når det gjelder kreditorbeskyttelse, er denne strengere for ASA-selskaper når selskapet stiftes, mens det er lite forskjeller under selskapets drift.

Kapital oppsummerer rettstilstanden, etter at kravet om ASA-form for verdipapirforetak er fjernet, til at ASA formen kun vil være nødvendig i tilfeller der selskapet i dag eller i fremtiden har et ønske om eller behov for å hente inn kapital på det åpne markedet, eller et eventuelt ønske om børsnotering. Men det presiseres både her og i forarbeidene at valget er fritt. Det er også anledning til å velge ASA formen om det så utelukkende er begrunnet i at man synes det høres fjongt eller mer seriøst ut å være ASA.

Det uttales også i forarbeidene at AS vil være mindre selskaper, mens allmennaksjeselskaper vil være store. Hvordan et selskaps størrelse måles er relativt, ettersom man kan måle etter for eksempel omsetning, antall ansatte, antall eier eller lignende. Mest nærliggende er kanskje å benytte omsetning som måleenhet for om et selskap er stort eller ikke. Det er imidlertid ikke nødvendigvis noen sammenheng mellom selskapenes størrelse og eventuelle behov for å innhente kapital fra allmennheten.. Eksempelvis er et stort selskap som Ekspert et AS.

De deklatoriske bestemmelsene i aksjelovene vil i valget av form være av mindre betydning. Disse er kun et utgangspunkt, hvor det i større eller mindre grad vil være mulig å innta individuelle tilspasninger i selskapets vedtekter.

3 Omdanningsreglene

Aksjelovens regler om omdannelse er betraktelig mer omfattende enn de vi finner i allmennaksjeloven. Jeg behandler derfor aksjelovens regler først. Konsekvensene av en omdanning behandles i kapittel 4.

3.1 Vilkår for omdanning fra AS til ASA

Dette reguleres av aksjeloven kapittel 15. Vilårene for omdanning kan generelt deles inn i krav som stilles til selve beslutningen og rene formelle vilkår.

3.1.1 Krav til selve beslutningen

3.1.1.1 Flertallsvilkåret

Omdannelse fra aksjeselskap til allmennaksjeselskap besluttet med flertall som for vedtektsendring, jf aksjeloven § 15-1 første ledd. At lovgiver lar omdannelse besluttet ved vedtektsendring, medfører at de alminnelige regler om flertallskrav og minoritetsvern som gjelder ved vedtektsendringer også vil komme til anvendelse på beslutningen om omdannelse²⁸. Lovgiver så ikke at det skulle være behov for å oppstille særlige flertallskrav eller andre regler for å beskytte mindretallet enn det som allerede fulgte av de alminnelige regler²⁹.

Vedtektsendringer er regulert i § 5-18. Vedtektsendring besluttet av generalforsamlingen og krever minst to tredjedels flertall både av de avgitte stemmer og av aksjekapitalen som

²⁸ NOU 1992:29 s 208

²⁹ NOU 1992:29 s 202-203, se forøvrig pkt 1.3.2 over

er representert på generalforsamlingen. At det må være flertall fra både stemmene og aksjekapitalen har tilknytning til at det etter § 5-3 er adgang til å ha bestemmelser i vedtektene om stemmerettsbegrensninger knyttet til person eller aksjeklasse. Er det i vedtektene en bestemmelse som fastsetter strengere flertallskrav, jf § 5-18, tredje ledd, gjelder denne også for omdanning, med mindre den selv går ut på at den ikke skal gjelde for omdanning³⁰.

Etter ordlyden i § 15-1 første ledd er det også et krav om at generalforsamlingen samtidig med beslutningen om omdannelse, ”fatter vedtak om at selskapet etter at det er omdannet til allmennaksjeselskap, skal innby andre enn aksjeeierne eller bestemte navngitte personer til å tegne nye aksjer i selskapet. Dette ”vilkåret” blir behandlet under punkt 3.1.4.

3.1.2 Krav om aksjekapital for som for allmennaksjeselskaper og andre *beslutninger som må fattes for at et AS skal kunne bli et ASA.*

I tillegg til selve beslutningen om omdannelse er generalforsamlingen også nødt til å treffe andre beslutninger for at vedtektene skal komme i overensstemmelse med de krav som stilles til vedtektene i allmennaksjeselskaper. Dette er et krav som for det første følger av EF-direktivet, men også av alminnelige omgåelsesbetraktninger. Det skal ikke være mulig å omgå de strengere reglene som gjelder for stiftelse av allmennaksjeselskaper ved først å stifte et alminnelig AS, for deretter å omdanne dette til et allmennaksjeselskap.

3.1.2.1 *Krav om tilstrekkelig aksjekapital og regler til sikring av dette*

Det er et vilkår for omdanning, jf § 15-1, annet ledd, at selskapet ved omdanningen har egenkapital som minst svarer til aksjekapitalen selskapet skal ha som allmennaksjeselskap. Bestemmelsen var inntatt i omdanningsreglene da de ble innført i 1976-loven, men var ikke

³⁰Jf Aarbakke 2004 s 878.

videreført i 1997-loven. Det følger for så vidt av lovens system at man ved omdannelse må tilfredsstille de krav som gjelder for den selskapsform man omdanner til. Men justisdepartementet mente kravet burde fremkomme av lovteksten.

Departementet³¹ så det som en inkurie at denne bestemmelsen ikke var videreført i den nye loven. De uttaler at reglene om redegjørelse etter asal § 2-6 og åpningsbalanse etter § 2-8 ga liten mening dersom det ikke er noe krav om at selskapet skal ha en bestemt egenkapital på plass ved omdanningen. Det ble vist til at poenget med disse bestemmelsene er å sørge for at det gis tilfredsstillende dokumentasjon om selskapets eiendeler og gjeld og verdsettelsen av ”innmaten i selskapet”. Heller ikke forarbeidene, NOU 1996:3 s 208, tydet på at man [på dette punktet] hadde ment å endre reglene i forhold til 1976-loven.

Departementet fremhever også at EF direktivet krever at det minst stilles like høye krav til sikring av aksjekapitalen ved omdannelse til allmennaksjeselskap som det etter direktivet skal stilles når et allmennaksjeselskap stiftes. Departementet uttaler at det vil være mest i samsvar med EF-direktivet at loven krever at selskapet ved omdanningen til ASA minst skal ha en egenkapital som minst svarer til den aksjekapitalen selskapet skal ha som allmennaksjeselskap. Det ble følgelig inntatt krav om egenkapital i aksjeloven ved lov 2. juli 1999 nr 59.

Som beskrevet over, krever direktivet at det ved omdannelse til ASA stilles tilsvarende krav for å sikre at selskapet har en egenkapital som minst tilsvarende selskapets aksjekapital som kreves når det et stiftes et allmennaksjeselskap, jf EF direktivet art 2-12, som er innarbeidet i allmennaksjeloven kapittel 2.

3.1.2.2 Andre beslutninger som må fattes for at AS skal kunne bli ASA

I tillegg til selve beslutningen om omdannelse er generalforsamlingen også nødt til å treffe beslutning om vedtektsendringer, som å endre foretaksnavnet fra AS til ASA og ta inn en

³¹ Se Ot prp nr 65 (1998-99) s 26.

bestemmelse om at selskapet skal være et allmennaksjeselskap, jf asal § 2-2, første ledd nr 2 og 1. Det kan også være andre beslutninger som er nødvendige for at selskapets vedtekter skal komme i overensstemmelse med de krav som stilles til vedtektene i allmennaksjeselskaper. Forarbeidene tar frem som eksempler at det i mange tilfeller vil være nødvendig å forhøye aksjekapitalen og at dersom selskapets aksjer ikke allerede er registrert i Verdipapirsentralen, må dette gjøres i forbindelse med omdanningen. Loven inneholder ingen uttrykkelig regel om at dette må gjøres, men det følger av lovens system at når man ønsker å gå over til en annen selskapsform, må selskapet tilfredsstillе kravene som gjelder for denne ³².

3.1.2.2.1 Nødvendig kapitalforhøyelse

Selskaper som ikke allerede har en aksjekapital på minst en million, må heve denne. Dette gjøres på en av to måter, avhengig av hvor mye egenkapital det er i selskapet. Er det tilstrekkelig egenkapital i selskapet, vil selskapet kunne heve aksjekapitalen ved en fondsemissjon, jf aksjeloven § 10-20 til 10-23.

Kapitalforhøyelse ved fondsemissjon vil si at det skjer en overføring av selskapets egne midler fra overkursfondet og fra den frie egenkapital. En fondsemissjon er en ren regnskapspostering, selskapet blir verken tilført nye midler eller kvitt gjeld³³. Beslutning om fondsemissjon treffes av generalforsamlingen, jf asl § 10-20 annet ledd.

I de tilfeller der selskapet ikke har tilstrekkelig egenkapital til en fondsemissjon, må aksjekapitalen heves ved nytegning, jf asl §§ 10-1 flg. En slik forhøyelse skjer mot aksjeinnskudd, altså at selskapet blir tilført nye midler eller iallfall blir kvitt gjeld³⁴. I og med at aksjeselskapet frem til omdanningen er registrert, har status som AS er det reglene for kapitalforhøyelse for aksjeselskaper som må følges. Dette innebærer at kun ”aksjeeiere

³² Jf NOU 1992:29 s 208

³³ Jf Andenæs s 536.

³⁴ Jf Andenæs s 507.

og bestemte navngitte personer” kan innbys til å tegne aksjer, jf asl § 10-1, første ledd, tredje punktum.

Nytegning besluttet av generalforsamlingen, jf asl § 10-1, første ledd, første punktum. Det er ingen ting i veien for at beslutningen om nytegning treffes på samme generalforsamling som omdannelsen³⁵, forutsatt at aksjeinnskuddene ved registrering i Foretaksregisteret er ”ytet fullt ut”, jf asl § 10-9, annet ledd.

3.1.2.2 Andre nødvendige beslutninger

Forarbeidene³⁶ trakk frem at det, om det ikke allerede er gjort, vil bli nødvendig å registrere aksjene i Verdipapirsentralen, jf asl/asal § 4-4. Ved en omdannelse fra ASA til AS vil aksjene i utgangspunktet fortsatt være registrert i Verdipapirsentralen. Ønsker selskapet etter at det er omdannet til aksjeselskap å gå ut av VPS, må de følge den alminnelige fremgangsmåten for dette i aksjeloven.

Et annet eksempel er at det kan bli nødvendig å utvide styret, som følge av at allmennaksjeselskaper må ha minst tre styremedlemmer, jf asal § 6-1, første ledd, mens AS kan ha færre enn tre styremedlemmer dersom de har en aksjekapital på mindre enn tre millioner, jf asl § 6-1, første ledd, andre punktum. Har selskapet færre enn tre styremedlemmer, må det for å kunne omdannes endre vedtektene sine på dette punktet.

3.1.3 Formelle vilkår for omdannelse

Når lovgiver oppstiller formalia som vilkår for at en beslutning skal være gyldig, vil det være av hensynet til å sikre at ting går ordentlig for seg. For omdanningsreglene vedkommende er det et overordnet hensyn at disse skal sikre at det ikke skal være mulig å omgå stiftelsesreglene for allmennaksjeselskap, ved først å opprette AS for deretter å

³⁵ Jf Aarbakke m fl 2004 side 878-879 og Foretaksregisteret, se notat.

³⁶ NOU 1992:29 s 208

omdanne til ASA. Det er et krav at egenkapitalen minst tilsvarer selskapets aksjekapital ved stiftelse av et allmennaksjeselskap, og da må det også være et krav når ett allmennaksjeselskap stiftes ved omdannelse fra AS. Dette følger av EFs annet selskapsdirektiv, som krever at minst de samme garantier til sikring av aksjekapitalen som gjelder ved stiftelse av et allmennaksjeselskap også skal gjelde ved omdannelse til allmennaksjeselskap.

3.1.3.1 Krav om åpningsbalanse og redegjørelse ved tingsinnskudd

Et aksjeselskap som skal omdannes til ASA vil i de aller fleste tilfeller ha en igangværende virksomhet. Den delen av egenkapitalen som utgjør selskapets aksjekapital, vil, som beskrevet over, være i bruk i virksomheten og gjerne bestå av både ting og penger. På samme måte som når et selskap stiftes med tingsinnskudd som aksjekapital, må det også ved omdanning utarbeides en redegjørelse etter allmennaksjeloven § 2-6. Det må også for alle selskaper som skal omdannes til ASA utarbeides en åpningsbalanse etter allmennaksjeloven § 2-8, jf aksjeloven § 15-1, annet ledd annet punktum.

Etter § 15-1 annet ledd skal det på nytt utarbeides en redegjørelse for aksjekapital bestående av annet enn penger, tilsvarende som når et AS eller ASA stiftes eller kapitalen forhøyes. Formålet med en slik opplysnings- og dokumentasjonsplikt er å sikre at tingsinnskuddenes verdi er reelle³⁷. Allmennaksjelovens § 2-6 er strengere enn den tilsvarende bestemmelsen i aksjeloven. Redegjørelse for tingsinnskudd i ASA-selskaper må utarbeides av en eller flere uavhengige sakkyndige, jf § 2-6 andre ledd, mens det for aksjeselskaper er tilstrekkelig at slik redegjørelse utarbeides av stifterne, eller styret ved kapitalforhøyelse, og bekreftes av revisor. Utover dette er reglene for tingsinnskudd de samme for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, da hensynet å beskytte kreditorenes og aksjeeiernes interesse i at aksjekapitalen virkelig blir tilført selskapet gjør seg gjeldende med samme styrke både i AS og ASA³⁸.

³⁷ Ot prp 1993-94 nr 36

³⁸ Ot prp 1993-94 nr 36

§ 15-1 annet ledd annet punktum krever også at det skal utformes åpningsbalanse etter asal § 2-8 tilsvarende som når man stifter et allmennaksjeselskap. Denne skal settes opp etter regnskapslovens bestemmelser og bekreftes av revisor, jf § 2-8 annet ledd. Denne bekreftelsen kan senest være datert åtte uker før generalforsamlingens beslutning, jf § 15-1 annet ledd annet pkt i. f. ³⁹. Begrunnelsen for at åpningsbalansen ikke kan være eldre, er at verdsettelsen så vidt mulig skal være à jour med forholdene på stiftelsestidspunktet.

Andenæs beskriver i sin lærebok en praksis som var akseptert av Foretaksregisteret, der man baserer seg på balansen i regnskapet per 31.12, med en erklæring fra revisor om at det ikke har vært underskudd i selskapet siden den opprinnelige balansedagen. For at denne metoden skulle kunne forankres rettslig ble kongen ⁴⁰ gitt fullmakt til å gi forskrift med nærmere regler om åpningsbalanse ⁴¹. Denne hjemmelen er imidlertid ikke benyttet.

I dag kreves det ifølge Foretaksregisteret at det settes opp en ny åpningsbalanse i forkant av omdannelsen. De fleste selskaper som har årsregnskap, noe alle AS og ASA selskaper har, vil forholdsvis enkelt kunne sette opp en ny åpningsbalanse ⁴².

3.1.3.2 Styrets forslag til omdanningsvedtak og vedtektsendring

Etter § 15-1 tredje ledd skal styret utarbeide forslag til beslutning om omdannelse og forslag til vedtektsendringer som må besluttet i forbindelse med omdannelsen. Forslaget skal begrunnes og inneholde oversikt over virkningene ved omdannelsen. Siktemålet med denne bestemmelsen er at aksjeeierne skal ha kunnskap om hva beslutningen vil innebære, jf NOU 1992:29 s 208.

³⁹ Fristen ble utvidet fra fire til åtte uker for omdanningsbeslutninger ved Lov 25.januar 2002 nr 2, Ot prp nr 68 2000-2001 s 9-10

⁴⁰ Regjeringen

⁴¹ Ot prp nr 68 2000-2001 s 9-10, Lov 25.januar 2002 nr 2

⁴² Se notat inntatt bak i avhandlingen.

Det stilles ingen konkrete formkrav eller krav om hva som må være med i et slikt forslag, hvilket kan tyde på at det ikke oppstilles all verden av rettsvirkninger til denne plikten⁴³.

Etter § 15-1 fjerde ledd skal dokumenter som nevnt i andre og tredje ledd, altså en eventuell redegjørelse for tingsinnskudd, samt åpningsbalanse og styrets begrunnelse og oversikt over virkningene ved omdanningen, vedlegges innkallingen til generalforsamlingen.

3.1.3.3 Registrering og virkningene av dette

Selskapet er omdannet når vedtektene er endret slik at de oppfyller kravene for allmennaksjeselskaper og omdannelsen er registrert i foretaksregisteret. Fristen for registrering er tre måneder fra vedtaket ble truffet, jf asl § 15-2. Frem til omdanningen er registrert anses selskapet som et aksjeselskap, jf § 15-3. Det medfører at alle beslutninger som er nødvendig for å kunne omdanne må gjennomføres etter reglene som gjelder for aksjeselskaper⁴⁴.

3.1.4 Plikt til å vedta å utbyde allmennheten til å tegne aksjer som vilkår for å omdanne?

Som nevnt under punkt 2.1.1 er det etter ordlyden i § 15-1 første ledd et vilkår for å omdanne til ASA at ” generalforsamlingen i samme beslutning treffer vedtak om at selskapet etter at det er omdannet til allmennaksjeselskap, skal innby andre enn aksjeeierne eller bestemte navngitte personer til å tegne nye aksjer i selskapet.”

Etter ordlyden er dette et absolutt vilkår for omdannelse. Problemet er at et vedtak som bestemmelsen foreskriver uansett ikke kan få rettsvirkning. Frem til omdannelsen er registrert er selskapet underlagt aksjeselskapslovens regler om kapitalforhøyelse og vil kun

⁴³ Jf Andenæs og jf Aarbakke m fl

⁴⁴ NOU 1992: 29 s 208

ha anledning til å rette tegningsinnbydelser til ”aksjeeiere eller bestemte navngitte personer”, jf asl § 10-1 første ledd tredje punktum. Et bindende vedtak om å innby allmennheten kan altså ikke fattes mens selskapet fremdeles er aksjeselskap.

Når den tilsynelatende klare ordlyden ikke gir mening, er det nærliggende å gå til forarbeidene for å finne ut hva som er ment. Vilkåret kom inn helt mot slutten av lovbehandlingen av 1997-lovene, ved Innst O nr 80 1996-97⁴⁵. Komiteen fokuserte på at det skulle være aksjeselskapsformen som skulle være den vanlige formen for aksjeselskap med begrenset ansvar og at det var viktig at aksjelovene og skillet mellom selskapstypene var slik at selskapene velger selskapsform i forhold til aktiviteten de driver. Som viktige skiller mellom selskapsformene trekker komiteen frem at kravet til aksjekapitalen i allmennaksjeselskaper var satt til å være 1 million kroner og at kun allmennaksjeselskaper skal kunne hente inn kapital fra allmennheten.

Komiteen uttaler at ”før eit aksjeselskap kan omdannast til eit allmennaksjeselskap må det vere gjort vedtak om at kapital skal hentast inn frå ålmenta. Innbyding til slik kapitalinnhenting kan likevel skje på eit seinare tidspunkt. Komiteen ser det som ein føresetnad at eit aksjeselskap som gjer vedtak om å gå over til ASA gjer dette etter grundige vurderingar i selskapet sine organ og fordi det er eit reelt ynskje om, eller trong for, å spreie aksjekapitalen på ålmenta.”

Ut i fra hva som uttales i forarbeidene, er det ganske klart at bestemmelsens ordlyd reflekterer komiteens intensjoner. Et ønske om å innhente kapital fra allmennheten er imidlertid ikke den eneste grunnen til at et selskap kan ønske å drive som allmennaksjeselskap fremfor aksjeselskap. Som beskrevet i kapittel 2 er det i selskapsretten generelt valgfrihet med hensyn til hvilken selskapsform man ønsker å drive virksomheten i så lenge man oppfyller kravene for den aktuelle formen.

⁴⁵ Inst O nr 80 (1996-97) s 6.

Det er også et moment i vurderingen at det aktuelle vilkåret ikke er et krav som følger av EF direktivet. Det er riktignok i prinsippet fullt mulig for Norge å vedta strengere regler for omdannelse enn det som følger av selskapsdirektivet art 13 uten å komme i konflikt med våre forpliktelser etter EØS avtalen. Men det er ganske klart at den klare forutsetningen da direktivet og omdanningsreglene skulle innarbeides i 1976 loven, at omdannelse mellom aksjeselskapsformene bør kunne skje svært enkelt, og at kun minimumskravene direktivet oppstiller skulle innarbeides⁴⁶ og slik var omdanningsreglene i den gamle loven. Det var heller ikke i utgangspunktet intensjonen i forarbeidene at 1997-lovene skulle gjøre endringer i disse reglene⁴⁷. Dette trekker dermed i motsatt retning av ordlyden.

I forhold til resten av aksjelovgivningen, vil hensynet til sammenheng i systemet spille inn. I selskapsretten gjelder gjennomgående et prinsipp om fritt selskapsvalg. Dersom det har vært et bevisst ønske å innskrenke denne valgfriheten, skulle man tro at det ville vært bedre begrunnet. Komiteen som foreslår vilkåret sier ikke noe om hvorfor de mener omdanning kun skal kunne skje etter ønske om å spre kapitalen på allmennheten. Ei heller går de inn på aksjeselskaper som ønsker å gå over til allmennaksjeselskaps form av andre grunner, men henviser, om man tar bestemmelsen på ordet, disse til å gå veien om oppløsning og nystiftning. I noen tilfeller er dessuten allmennaksjeformen påkrevd; dersom man ønsker selskapet på børs, og tidligere dersom man skulle drive som verdipapirforetak. Allmennaksjeselskaper har heller ikke generelt noen plikt til på noe tidspunkt å måtte hente inn kapital fra allmennheten og det må ikke foreligge noe reelt ønske om eller behov for å spre aksjekapitalen på allmennheten når man stifter et allmennaksjeselskap jf asal § 1-1, annet ledd nr. 2⁴⁸.

Komiteen berører ikke noen av disse problemstillingene, men synes å bygge på at aksjeselskapet er hovedformen og at det ikke skal være fritt frem å bytte over til allmennaksjeformen. Dette til tross for at det i den samme odelstingsproposisjon i avsnittet før uttales at "lovutkasta bygger på den føresetnaden at det er opp til selskapa sjølve å

⁴⁶ Se NOU 1992:29 s 201

⁴⁷ Jf Ot prp 1996:

⁴⁸ Jf asal kap 1 og 2

velje selskapsform”. Når bestemmelsen i tillegg er utformet som en plikt til å fatte et vedtak uten rettsvirkning, kan det tyde på at man nok her bør fravike ordlyden.

Det er heller ingen hensyn som taler for å begrense adgangen til å omdanne til ASA, slik bestemmelsen foreskriver, tvert imot. Hensyn bak omdanningsreglene er tvert imot at omdanning skal kunne skje så enkelt som mulig, forutsatt at det sikres at omdanningsadgangen ikke kan benyttes som en måte å omgå stiftelsesreglene i allmennaksjeloven.

Konklusjonen må bli at bestemmelsen skyldes en inkurie, og at det også må være anledning til å omdanne til allmennaksjeselskap også for aksjeselskaper uten behov eller ønske om å rette tegningsinnbydelser til allmennheten. Dette konkluderer også både Andenæs og Aarbakke m fl med. Det er imidlertid uenighet om hvorledes man skal forholde seg til bestemmelsen i praksis.

Aarbakke m/ flere⁴⁹ uttaler at det, på tross av ordlyden, ”er tilstrekkelig å beslutte at selskapet på et senere tidspunkt skal innby allmennheten til å tegne aksjer. Det er altså ikke nødvendig å beslutte aksjekapitalforhøyelse med tegningsregler som nevnt samtidig med at det besluttet omdanning. En slik beslutning kan heller ikke treffes før selskapet er blitt omdannet, jf § 15-3, jf også allmennaksjeloven § 10-1 ledd”. Det uttales videre at beslutningen ”neppe trenger ha form av vedtektsbestemmelse, men det er ikke noe i veien for å velge denne formen”, uansett vil adgang til å innby allmennheten følge av allmennaksjeloven etter at selskapet er omdannet. De konkluderer med at ”til tross for uttrykket ”skal innby” i § 15-1 første ledd, vil det neppe være tale om en plikt for selskapet til å vedta aksjekapitalforhøyelse. Det er ingen ting i veien for å velge formen allmennaksjeselskap for et selskap uten konkrete planer om å henvende seg til allmennheten, jf allmennaksjeloven § 1-1 annet ledd nr 2.”

⁴⁹ Aarbakke m fl, kommentarutgave 2004, s 875 flg.

Andenæs⁵⁰ derimot, mener det ”nepe har vært meningen å oppstille et formelt vilkår som går ut på at generalforsamlingen skal treffe et vedtak som ikke har noen rettsvirkning, og som heller ikke innebærer en rimelig og fornuftig begrensning av omdannelsesadgangen. Konsekvensen må være at bestemmelsen anses som en understrekning fra lovgiverens side av en sentral virkning av at selskapet omdannes fra aksjeselskap til allmennaksjeselskap.” At bestemmelsen er formulert som et vilkår for omdannelse mener han strider mot valgfriheten som kommer til uttrykk i asal § 1-1 annet ledd og må anses for å bero på en inkurie og konkluderer med at manglende etterleving ikke får rettslige følger. Med dette konkluderer han med at det ikke er nødvendig å fatte vedtak om å innby allmennheten for å kunne omdanne etter kapittel 15.

Slik jeg leser Aarbakke m/ flere mener de at et vedtak som bestemmelsen foreskriver ikke har rettsvirkning. Men, i motsetning til Andenæs, synes de å mene at man må forholde seg til den klare ordlyden i lovteksten, i hvert fall delvis. Selv om det er klart at det ikke kun er selskaper med konkrete planer om å rette tegningsinnbydelser til allmennheten som skal kunne omdanne til ASA etter kapittel 15, må man, for å komme rundt bestemmelsen, beslutte at man skal innby allmennheten. Men beslutningen trenger ikke form som vedtektsbestemmelse, det er tilstrekkelig å beslutte at man på et senere tidspunkt skal innby allmennheten til å tegne aksjer, og til tross for ordlyden, mener de at det uansett neppe er noen plikt for selskapet til å vedta kapitalforhøyelse, i og med at det generelt ikke er noen plikt for ASAr generelt til å innby allmennheten til kapitalforhøyelse.

Det er videre klart at vilkåret ses bort fra når Foretaksregisteret registrerer omdanningene. Foretaksregisteret opplyser at de kontrollerer at det foreligger et nytt sett med vedtekter, at det foreligger en generalforsamlingsprotokoll som viser beslutningen om omdannelse og at registreringsfristen på tre måneder er overholdt. Foretaksregisteret ser det altså som et selskapsanliggende at selskapet foretar en lovlig beslutning.

⁵⁰ Andenæs 2006 s 618-919.

Praksis blir her et moment som taler for at man ikke trenger å fatte en slik beslutning som Aarbakke foreskriver. Konklusjonen må bli at bestemmelsen skyldes en inkurie og umulig kan få betydning i forhold til omdannelsesadgangen, ei heller som et formeldt vilkår.

3.2 Vilkår for omdanning fra ASA til AS

3.2.1 Generelt

Hjemmel for omdanning fra allmennaksjeselskap til aksjeselskap er allmennaksjeloven § 15-1. Reglene er tilsvarende som i aksjeloven, men enklere. Beslutningen treffes også her med flertall som for vedtektsendring, jf første ledd første punktum. Også ved omdannelse fra ASA til ASA skal styret utarbeide et begrunnet forslag til omdannelse og vedtektsendringer og legge dette ved innkallingen til generalforsamlingen. Omdanningen må meldes til Foretaksregisteret innen en tre måneders frist og selskapet er å anse som et ASA frem til omdanningen til AS er registrert. Bestemmelsene er likelydende aksjelovens bestemmelser, og det henvises til det som er sagt over.

Det stilles ikke her noe krav om egenkapital og følgelig ingen bestemmelser som garanterer kapitalens tilstedeværelse. Det uttales i forarbeidene til 1976-loven⁵¹ at man ikke fant noen grunn til å ha med slike bestemmelser for omdannelse fra ASA til AS. Dette skyldes at reglene til beskyttelse av kreditorene uansett er strengere for ASA enn for AS.

Da 1997-lovene ble vedtatt, hadde likevel allmennaksjeloven fått tilnærmet identiske omdanningsregler som i aksjeloven. Dette ble funnet unødvendig, da det ikke her skulle være det samme behovet for å stille krav til egenkapitalen og dokumentere at denne er på plass, fordi allmennaksjelovens regler gjennomgående er strengere enn aksjelovens regler, jf departementets uttalelser i Ot prp nr 65 (1998-99). Departementet uttaler videre at aksjeloven 1976 § 14-24 om omdanning fra offentlig til privat aksjeselskap, ikke hadde verken krav til egenkapitalen eller krav til redegjørelse eller åpningsbalanse, og at det ikke fremgår av forarbeidene at det har vært meningen å gjøre noen endring fra 1976-loven, jf

⁵¹ NOU 1992: 29 s 209

NOU 1996:3 Ny aksjelovgivning s 209. Departementet så ingen grunn til å stille krav om redegjørelse og åpningsbalanse, hvis det ikke samtidig gjelder noe krav til egenkapitalens størrelse, og paragrafen ble følgelig endret.

3.2.2 Strengere flertallskrav dersom omdanningen medfører omsetningsbegrensninger

På et punkt oppstiller allmennaksjeloven et vilkår for omdannelse vi ikke finner i aksjeloven. Dersom omdanningen medfører begrensninger i aksjenes omsettelighet etter aksjeloven § 4-15 annet og tredje ledd, skjerpes flertallskravet ved at § 5-19, annet ledd gjelder tilsvarende. Aksjelovens utgangspunkt er at det gjelder både forkjøpsrett og samtykkekrav, mens allmennaksjelovens utgangspunkt er det motsatte, men dette kan endres i vedtektene. Eksisterende omsetningsbegrensninger, enten som følger av loven eller av en vedtektsbestemmelse, kan imidlertid ikke skjerpes uten slikt flertall som i § 5-19, altså både flertall som for vedtektsendring og tilslutning fra eiere av aksjer som representerer minst ni tideler av den aksjekapitalen som er representert på generalforsamlingen.

Årsaken til at innføring av omsetningsbegrensninger krever strengere flertall er hensynet til aksjonæren. Retten til å tre ut av selskapet ved å selge aksjen på det åpne markedet regnes som en svært viktig aksjonærrettighet. Andre veier ut er normalt stengt og krever i tilfelle en verdsettelse av aksjen⁵².

Uten bestemmelsen i § 15-1 første ledd annet punktum kunne omdanning til AS få den konsekvens at det ble enklere å innføre omsetningsbegrensninger, hvor begrensningen ville følge av aksjeloven, enn det ellers er å innføre omsetningsbegrensninger i vedtektene. Av hensyn til minoritetsaksjonærene bør det ikke være lettere å innføre slike begrensninger i forbindelse med en omdanning enn ellers, jf Ot prp nr 65 1998-99.

⁵² Jf Andenæs s 156 følgende

Å ta inn en vedtektsbestemmelse om at aksjene i et AS skal være fritt omsettelige, kan vedtas med alminnelig flertall for vedtektsendringer, jf asl og asal § 5-18. Det skjerpede flertallskravet for omdanning gjelder ikke om det vedtas bestemmelser i vedtektene som sikrer at aksjene er fritt omsettelige også etter omdanningen. Har allerede allmennaksjeselskapet vedtektsbestemmelser med like strenge omsetningsbegrensninger som det som følger av aksjeloven, får bestemmelsen heller ingen betydning⁵³.

3.2.3 Medfører forskjeller i reglene at det må fattes andre beslutninger for å kunne gå fra ASA til AS?

Som beskrevet under punkt 3.1.2.2, er det en forutsetning for å kunne gå over til en annen selskapsform at man fyller kravene som gjelder for denne formen. Dette gjelder så vel i de tilfeller som man må stifte et nytt selskap som når man går over til ny selskapsform ved omdanning. Spørsmålet blir om og eventuelt hvordan selskaper som har benyttet seg av særegenheter ved ASA formen forholder seg til disse når selskapet blir et AS.

De fleste regler for finansielle instrumenter er de samme for AS og ASA. Reglene til beskyttelse av tredjepersons interesser er i hovedsak de samme, så det er ikke behov for særlige regler til beskyttelse av tegningsretter og lignende i forbindelse med en omdannelse.

Allmennaksjeselskaper har imidlertid i noen grad adgang til å benytte finansielle instrumenter som ikke kan benyttes av aksjeselskaper, for eksempel frittstående tegningsretter, som reguleres av allmennaksjeloven §§ 11-12 og 11-12. Ved omdannelse kan det eksistere frittstående tegningsretter som ikke kunne vært utstedt av et aksjeselskap. Spørsmålet er om slike frittstående tegningsretter må avvikles før ASA omdannes til AS.

⁵³ Jf Aarbakke m fl s 1246

Spørsmålet er vurdert i forarbeidene⁵⁴. Det uttales at på den ene siden vil det kreve kompliserte regler for beregning av verdi å kreve at disse avvikes, og dessuten muliggjøre spekulasjon fra selskapets side. På den annen side vil opprettholdelse av slike tegningsretter medføre forskjellsbehandling av omdannede selskaper og selskaper som opprinnelig ble stiftet som aksjeselskaper.

Aksjelovgruppen uttaler at det uansett er et poeng at instrumentene har begrenset løpetid og at forskjellsbehandlingen uansett bare vil eksistere i en overgangsperiode. De uttaler at det riktignok er en teoretisk mulighet til å omgå begrensningene, men det har ikke nevneverdig vekt. Antar det er best at slike tegningsretter opprettholdes på lik linje med instrumenter som kan benyttes av begge selskapsformer. De presiserer at dette kun gjelder allerede utstedte tegningsretter og at en eventuell styrefullmakt til å utstede slike tegningsretter, vil naturligvis ikke kunne brukes etter omdannelsen.

Det er ingen spesiell grunn til å avvike fra forarbeidenes løsning i dette spørsmålet.

Tidligere kunne det at allmennaksjeselskaper i større grad enn alminnelige aksjeselskaper hadde anledning til å eie egne aksjer, fått betydning ved omdanning. Etter innføringen av 1997-lovene, ble dette skillet fjernet. Utgangspunktet i aksjeselskapsretten er et forbud mot at aksjeselskap eier egne aksjer, da dette er en del av lovens system for å tilveiebringe reell innskuddskapital. Det var i 1976-loven gjort noen unntak fra dette utgangspunktet, i større grad for offentlige aksjeselskap enn for private. Denne adgangen ble utvidet i 1997-lovene og bestemmelsene er nå i det vesentlige identiske for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper⁵⁵.

Slik situasjonen var under 1976-loven var forarbeidenes utgangspunkt at det ikke var noen grunn til å gi særbehandling til de aksjeselskapene som tidligere hadde vært

⁵⁴ NOU 1992:29 s 202

⁵⁵ Jf Andenæs s 484, 489 flg

allmennaksjeselskaper, hvorpå de selskapene som eide egne aksjer ut over det som var tillatt for private, måtte avhende eller innløse disse før omdannelsen kunne gjennomføres⁵⁶.

⁵⁶ NOU 1992:29 s 201

4 Konsekvenser av omdannelse

Konsekvensen av omdannelse fra AS til ASA eller fra ASA til AS er først og fremst at selskapet kommer inn under andre regler. Det klare utgangspunktet er at omdannelsen kun har den virkning som følger av vedtektsendringen og av loven. Aksjeloven og allmennaksjeloven er grunnleggende like, og på de vesentligste områdene vil det ikke spille noen rolle om selskapet reguleres av den ene eller den andre loven. Ansvarsbegrensningen, som gjerne vil være hovedargumentet for å drive i aksjeselskaps form, er den samme i aksjeselskaper som i allmennaksjeselskaper.

Hovedforskjellen mellom AS og ASA er at det kun er allmennaksjeselskaper som kan rette tegningsinnbydelser til allmennheten og være børsnotert. En konsekvens av omdanning fra AS til ASA er naturlig nok at selskapet nå kan innby allmennheten til å tegne aksjer og /eller velge å være børsnotert⁵⁷. Og motsatt, en konsekvens av omdanning fra ASA til AS er at selskapet ikke lenger kan være børsnotert og at aksjeloven kun tillater at det rettes tegningsinnbydelser til aksjeeierne og bestemte navngitte personer⁵⁸.

De øvrige forskjellene mellom lovene følger av lovene selv. Men generelt kan man si det er færre tvungne formaliteter knyttet til aksjeselskaper, både i forhold til styret, generalforsamlingen, lederlønninger med mer. En konsekvens av omdanningen er altså at dette er litt strengere for allmennaksjeselskaper, men det er ikke noe i veien for at også aksjeselskaper vedtar strengere regler enn det som følger av loven.

Der aksjeloven og allmennaksjeloven velger ulike deklarasjonspunkter, for eksempel når det gjelder omsetningsbegrensninger, kan man vanskelig si at dette blir en

⁵⁷ Jf lov 74/2007 (Børsloven) § 9

⁵⁸ Jf asl/asal § 10-1 første ledd

konsekvens av omdanningen. Det vil snarere være en konsekvens av at selskapet velger ikke å ta inn en vedtektsbestemmelse som opprettholder situasjonen.

I mange/de fleste tilfeller vil det ikke gjøre noen forskjell om selskapet reguleres av aksjeloven eller allmennaksjeloven. Reglene til å beskytte kreditorene under virksomheten, samt ansvarsbegrensningen for aksjonærene er de samme. Fremgangsmåten for nedsettelse av kapitalen er lik for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper⁵⁹, dog er den lovbestemte minimumskapital lavere for AS, jf § 3-1 i begge lover. Også reglene for en eventuell avvikling etter asl/asal kapittel 16 er reelt sett identiske⁶⁰. Det er også kun allmennaksjeselskaper som må være registrert i Verdipapirregisteret⁶¹ og som har en bestemmelse om kjønnsrepresentasjon i styret⁶².

De deklatoriske forskjellene i lovene, som at utgangspunktet i allmennaksjeloven er fri omsettelighet, mens utgangspunktet i aksjeloven er ikke fri omsettelighet, kan selskaper selv regulere i vedtektene om de ønsker den andre løsningen. For omsetningsbegrensninger setter lovene opp de samme rammene for både aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Andre ganger, for eksempel når det gjelder aksjeklasser, kan AS regulere dette fritt, mens ASA'er kun kan ha 50 prosent stemmeløse aksjer. En konsekvens av omdannelse til ASA blir dermed at selskapet kun kan ha 50 prosent stemmeløse aksjer.

Forskjellen for selskapet i seg selv er minimal. Selskapet er det samme rettssubjektet før og etter omdanningen. Selskapets identitet bevares, det vil ha de tilnærmet samme vedtektene og samme formen det hadde før omdanningen. Det skjer ingen overføring av eiendeler. Heller ikke kan eiendelenes verdi endres ved omdannelsen, utover alminnelige oppskrivninger. En omdanning påvirker ikke selskapets regnskapsår og kan foretas når som

⁵⁹ Jf Andenæs s 566, forskjeller i asl/asal § 12-7

⁶⁰ Jf Andenæs s 625

⁶¹ Jf asal § 4-4

⁶² Jf asal § 6-11a

helst på året. Man får ingen ”fordel” av en omdannelse, så omdannelse vil ikke medføre beskatning.

Selskapets rettigheter og plikter berøres ikke av verken omdannelsen eller av en samtidig eventuell vedtatt kapitalforhøyelse, navneendring eller andre vedtektsendringer. At selskapet fremdeles er samme rettssubjekt innebærer at en omdannelse ikke blir ansett som verken virksomhetsoverdragelse eller oppløsning i forhold til de ansatte eller eierskifte i forhold til panthavere eller andre kreditorer. Selv om selskapet ved en omdannelse fra ASA til AS har en mulighet til å operere med lavere aksjekapital, medfører ikke omdanningen at kapitalen nedsettes. En eventuell kapitalnedsettelse må følge fremgangsmåten i kapittel 12, hvorpå kreditorenes rettigheter er ivaretatt gjennom § 12-6⁶³.

Den store hovedregel er også at omdannelse ikke innebærer noe kontraktsbrudd overfor selskapets medkontrahenter⁶⁴. Men det utelukkes ikke i forarbeidene at en omdannelse etter omstendighetene kan utgjøre en bristende forutsetning for kontrakten og dermed også gi rom for et hevningskrav⁶⁵.

I forhold til aksjeeiere som er i mindretall i et selskap som besluttet omdannet, vil omdanningen som sagt neppe medføre særlige rettigheter, for eksempel rett til innløsning. Innløsning for mindretallet ble riktignok resultatet i plenumsdommen om Aktieselskapet Kristiania Meieribolag⁶⁶ som med hjemmel i meieriloven ble omdannet til andelslag. Grunnlaget for innløsningen var ikke omdanningen, men at det i forbindelse med omdanningen var blitt foretatt vesentlige endringer i selve selskapsforholdet. Dommen gir støtte for at omdanning mellom aksjeselskaper ikke i seg selv gir grunnlag for særlige rettigheter for mindretallet. Ønsker man å komme ut av selskapsforholdet er man dessuten i utgangspunktet henvist til å selge aksjen.

⁶³ Jf Aarbakke m fl s 1020

⁶⁴ NOU 1992:29 s 202

⁶⁵ NOU 1992:29 s 202

⁶⁶ Rt 1949 s 309

5 Betydningen av skillet mellom AS og ASA.

Som vi har sett er ikke forskjellene mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper særlig store. I utgangspunktet er det mulig å drive samme type virksomhet innenfor den ene eller den andre formen, med mindre selskapet er eller skal noteres på børsen eller det har et behov for å innhente kapital fra allmennheten. Selskaper som i dag drives som aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper, ble jo også tidligere drevet i en form som alene dekket behovet for begge typer aksjeselskaper.

Likevel har skillet mellom aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper vært benyttet av lovgiver ved flere anledninger, nå senest ved innføringen av kjønnsrepresentasjon i ASA-styrer⁶⁷. Det fremgår av forarbeidene til lovendringen⁶⁸ var det opprinnelige forslaget i 1999 at reglene om kjønnsrepresentasjon for private selskaper kun skulle gjelde for alle børsnoterte selskaper. Som et enda mer omfattende alternativ ble det foreslått å la reglene omfatte også alle privat eide aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper.

Flertallet av høringsinstansene mente at reglene burde gjelde både for offentlige og private virksomheter, dog tok enkelte forbehold om at bedriftene måtte være av en viss størrelse⁶⁹. Når forslaget igjen gikk ut på høring i 2001, var det utvidet til at krav om kjønnsrepresentasjon også skulle gjelde alle allmennaksjeselskaper, men ikke for privat eide aksjeselskaper.

⁶⁷ Asal § 6-11a

⁶⁸ Ot prp nr 97 (2002-2003) på side 13

⁶⁹ Side 14

Hvorfor de valgte å trekke skillet for hvem som skal omfattes av reglene om kjønnsrepresentasjon mellom ASA og AS begrunner departementet på følgende måte⁷⁰: ”Grunnen til at det ikke ble foreslått regler om kjønnsrepresentasjon for de privat eide aksjeselskapene var at de fleste aksjeselskaper i Norge er små familiebedrifter hvor eierne selv sitter personlig i styret. I allmennaksjeselskapene derimot er det normalt en bredere spredning av aksjene, og disse selskapene har også normalt ikke det samme personlige preget over ledelsen som i den typiske familiebedriften.” Resultatet var at kjønnsrepresentasjon ble innført i allmennaksjeloven, men ikke i aksjeloven.

At forslaget ble utvidet til å gjelde alle allmennaksjeselskaper og ikke kun de børsnoterte allmennaksjeselskapene var naturlig nok et ønske om at kravet om kjønnsrepresentasjon skulle favne flere selskaper. Uttalelser fra Departementet tyder på at de ønsket å ramme selskaper med stor aksjespredning, men ikke små privateide virksomheter og at de bygger på en oppfatning om at dette skillet går parallelt med skillet mellom ASA og AS. Dette, samt det forhold at aksjelovene som kjent bygger på den forutsetning at det er opp til selskapene å selv velge selskapsform, bemerkes også av høringsinstansen Norges Rederiforbund på side 36-37 i odelstingsproposisjonen uten at dette blir vurdert nærmere av departementet.

Spørsmålet er om det at reglene ble gjeldende for alle allmennaksjeselskaper og ikke bare børsnoterte selskaper, har ført til at flere selskaper i praksis blir underlagt reglene med tvingende virkning. Som vi har sett, er ASA formen per i dag kun nødvendig for selskaper som er notert på børsen eller som har et behov for å innhente kapital fra allmennheten. Allmennaksjeselskaper uten disse behovene kan unngå kvotering ved enkelt å omdanne selskapet til et AS. De selskapene vi da står tilbake som må kvotere er de allmennaksjeselskapene som er børsnotert eller som har behov for å innhente kapital fra allmennheten.

⁷⁰ Side 14

Strengt tatt står vi kun igjen med de børsnoterte selskapene, da det er mulig å omgå begrensningen i asl § 10-1 ved en metode beskrevet i Andenæs sin lærebok, ved først å informere allmennheten om at det skal skje en kapitalforhøyelse, for deretter å rette emisjonen til de som måtte melde seg. Metoden er mer tungvindt men ifølge Andenæs like fullt lovlig.

Eksempelet med kjønnskvoltering viser at skillet mellom ASA og AS er lite egnet til å skille mellom store og små selskaper og mellom selskaper med stor eller liten aksjespredning. Om selskap er små eller store, og om de har mange eller få eiere går ikke nødvendigvis hånd i hånd med om de er aksjeselskaper eller allmennaksjeselskaper.

Ønsker man å skille mellom selskaper med stor eller liten aksjespredning, er det nok mer nærliggende å bruke et visst antall eiere som skillelinje. Ønsker man å skille mellom små og store selskaper, bør man kanskje bruke virksomhetens omsetning som målestokk, eller antall ansatte. Forsøk på å bruke aksjekapitalens størrelse som målestokk, slik det er gjort i asl § 6-1 første ledd, andre punktum i forhold til minste tillatte antall styremedlemmer, er vel heller ikke optimal. Når aksjekapitalen blir gjort avgjørende, åpnes imidlertid muligheten, for å senke denne ved en kapitalnedsettelse for å omgå kravet.

Konklusjonen må bli at skillet mellom AS og ASA generelt ikke tjener godt som skillelinje mellom stort og smått eller stor eller liten aksjespredning. Det er nok mer hensiktsmessig å se aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper under ett, da likhetene er langt større enn forskjellene. At disse selskapsformene er så like skyldes naturlig nok at de opprinnelig var en selskapsform, som ble delt som følge av EØS tilpasninger og bygger på en tysk modell⁷¹. Skillet mellom formene er ikke utviklet i praksis hos oss slik skillet mellom selskap med personlig ansvar og selskap med begrenset ansvar er. Det er nok derfor best å se aksjeselskapsformene under ett, i hvert fall i forhold til innføring av det som av noen kan kunne oppfattes som en byrde.

⁷¹ Jf Andenæs kapittel 1

6 Litteraturliste

”Aksjeloven og allmennaksjeloven”, kommentarutgave v/ Aarbakke, Skåre, Knudsen, Ofstad og Aarbakke. 2.utgave. Universitetsforlaget, Oslo 2004 og 1.utgave 2000

”Aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper” av Mads Henry Andenæs 2006 (2.utgave)

”Aktieselskaber og anpartsselskaber” av Bernard Gomard, Jurist og Økonomiforbundets forlag, 3.utgave 1996 (DK)

”Innføring i juss” av Erik Boe, Tano Aschehoug 1996

”EØS-rett” av Seiersted, Arnesen, Rognstad, Foyn og Stemshaug, Universitetsforlaget 1999 (forord fra 1995).

”Innløsning og utelukkelse av aksjonær”, artikkel skrevet av Tore Bråthen, NTS 1999:4

Artikkel i Tidskriftet Kapital nr 22/2007, som igjen henviser til tall fra kredittrating-selskapet Dun og Bradstreet og oversikten ”AS versus ASA”, utarbeidet av professor Tore Bråthen, professor ved Handelshøyskolen BI.

Lovdata.no

Regjeringen.no

Odin.no